



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: **JOSÉ DEL CARMEN ÁVILA MÉNDEZ**
Demandado: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL**
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00124-00.

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por José del Carmen Ávila Méndez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES¹

- 1.1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos identificados como oficio 0075646 del 17 de noviembre de 2016 y el oficio 0110784 del 23 de noviembre de 2018, donde la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó al demandante en su asignación de retiro: **1)** La reliquidación de la prima de antigüedad; **2)** La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.
- 1.2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la prima de antigüedad para el soldado profesional José del Carmen Ávila Méndez, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sin tomar dos veces porcentaje a la partida.
- 1.3. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, en la asignación de retiro del demandante, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

¹ A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Folio 45 EXPEDIENTE ESCANEADO.

- 1.4. Que se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a pagar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del abogado que representa al soldado profesional José del Carmen Ávila Méndez.

2. HECHOS²

Como sustento fáctico relevante se relaciona que:

- 2.1. El señor José del Carmen Ávila Méndez ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional.
- 2.2. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con Resolución 3717 del 24 de mayo de 2016, le reconoció el derecho a la asignación de retiro, sin incluir como factor de liquidación, la 1/12 parte de la prima de navidad devengada en actividad.
- 2.3. Respecto de la prima de antigüedad, aunque se incluyó como factor de liquidación en la asignación de retiro, no se liquidó bien, pues al sueldo básico se le sumó la prima de antigüedad en 38.50% y luego a la suma de estas dos partidas, se le saca por segunda vez el 70% para liquidación del derecho.
- 2.4. El demandante solicitó a CREMIL, los días 24 de octubre de 2016 y 14 de noviembre de 2018, la reliquidación de su asignación de retiro, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho pensional, sin computar o tomar dos veces porcentaje a la partida de prima de antigüedad, así mismo la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como factor de liquidación en la asignación de retiro.
- 2.5. CREMIL, mediante oficio 0075646 del 17 de noviembre de 2016 y oficio 0110784 del 23 de noviembre de 2018, reitera la respuesta ofrecida de forma negativa a la petición.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

El apoderado señala como normas violadas, los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42, 43, 44, 48, 53, 93 y 150 de la Constitución Política de Colombia; Ley 4° de 1992, artículo 2; Ley 1437 de 2011; Decretos 1793 y 1794 del 1° de septiembre de 2000; Ley 923 de 2004; Decreto 3770 de 2009; Decreto 4433 de 2004; Decreto 116 de 2014; Decreto 1162 de 2014; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2, 14 y 18; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 1 y 8.1., Convenio Internacional del Trabajo 111 (Ley 22 de 1967).

Frente a la correcta liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro, señala que en el acto administrativo que reconoció el derecho de la asignación de retiro del demandante, se consignó que el salario mensual devengado sería tenido en cuenta en un monto del 70% adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad.

² A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Folio 46 EXPEDIENTE ESCANEADO

³ Folios 17-36

Sin embargo, para liquidar la asignación de retiro del demandante y todos los soldados profesionales que adquieren el derecho pensional, CREMIL viene liquidando la asignación básica más el treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de la prima de antigüedad, y al monto resultante le viene aplicando el 70%, en una aplicación equivocada del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que resulta en una doble afectación o descuento de dicha prima.

Respecto a la prima de navidad, señala que dicha partida no se tuvo en cuenta en la duodécima parte, a pesar de que era pagada de forma periódica en actividad conforme al Decreto 1794 de 2000. la cual, de conformidad con el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 del 2004 es tenida en cuenta como partida computable en el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles adscritos al Ministerio de Defensa, sin que exista razón justificada para que no pueda ser reconocida como partida computable en la liquidación de los soldados profesionales, quienes venían devengándola en servicio activo, configurándose una violación al derecho constitucional a la igualdad.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares refiere frente a la prima de antigüedad, que la misma fue reconocida con los preceptos señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y es por ello que siguiendo la uniformidad de la norma y secuencia de la misma, se debe recordar que la asignación de retiro equivale al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad, es por ello que no se configura una causal de nulidad de los actos administrativos proferidos por tal entidad.

Con respecto a la prima de navidad que se pretende sea incluida en 1/12 parte como factor de liquidación de la asignación de retiro del actor, considera que de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 4433 del 2004, tal prestación no es factor de liquidación para la asignación de retiro de los soldados profesionales, siendo jurídicamente inviable que la entidad proceda a su inclusión, menos, cuando frente a dicha prestación, los soldados profesionales no hacen aportes, como sí los hacen los oficiales y suboficiales, de acuerdo con el artículo 17 del mismo decreto, lo que justifica que a estos últimos sí se les tenga en cuenta como factor de liquidación de su asignación de retiro.

Finalmente y en lo concerniente a las costas, considera que las mismas no se rigen por un criterio objetivo sino por la valoración subjetiva del operador jurídico para su condena, por lo que no es suficiente con que la parte sea vencida, sino que adicional a ello se debe efectuar una valoración de las conductas realizadas por aquella.

5. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 11 de marzo de 2019 (Fol. 1 Foliatura física), siendo inadmitida a través de auto fechado 01 de abril de 2019 y luego subsanada dentro del término concedido, por lo que en auto del 28 de mayo de 2019 se dispuso su admisión (Fol.39 Foliatura física). Notificada la parte demandada y vencido el término de traslado (Fol.108 Foliatura física),

⁴ A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL fol. 66 -71

atendiendo lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020, se advirtió la posibilidad de dictar sentencia anticipada, por lo que en auto del 19 de agosto de 2020 se otorgó a las partes la oportunidad para presentar alegatos de conclusión ^{(A2.}

2019-00124 CORRE TRASLADO SENTENCIA ANTICIPADA) derecho del cual ambas partes hicieron uso en tiempo ^{(A3.1.}
2019-00124 ALEGATOS DE CONCLUSION PARTE DEMANDANTE), (A6.1. 2019-00124 ALEGATOS JOSE DEL CARMEN AVILA).

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con las pretensiones de la demanda, son dos los problemas jurídicos a resolver:

- a) Determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el 70% del salario básico más un 38,5% de la **prima de antigüedad**, debiendo resolverse si el cálculo de dicha prima de antigüedad debe hacerse a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica.
- b) Si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada, computando además de las partidas ya incluidas, **la duodécima parte de la prima de navidad.**

El Despacho advierte que, aunque en el texto original de la demanda también se elevaban pretensiones encaminadas al reconocimiento de subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del actor, al momento de subsanar la demanda no fue incluida dicha pretensión, por lo cual se considera que no es asunto objeto de la litis.

3. ANÁLISIS SUSTANCIAL

Con miras a resolver la presente controversia, el Despacho determinará: **i) Régimen salarial de los soldados profesionales ii) Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales iii) Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales iv) Caso Concreto v) Prescripción vi) Actualización vii) Condena en costas.**

- i) Régimen salarial de los soldados profesionales.** (Extractado de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección

Segunda – Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00038-01(0168-14)⁵)

1. El artículo 1º de la Ley 131 de 1985 señaló la posibilidad de que quienes hayan prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares y el artículo 4.º indicó que el soldado voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.
2. A través de la Ley 578 de 2000, se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.
3. Con fundamento en las anteriores facultades, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 *“Por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”* el cual, definió en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En el párrafo del artículo 5º, señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la *“prima de antigüedad”* a la que tenían derecho.⁶

4. Mediante el Decreto 1794 de 2000 se expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual, en su artículo 1º definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, indicando que:
 - Los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, esto es, por primera vez a partir de la vigencia del referido decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.
 - Los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su

⁵ Actor: LUIS ANTONIO OLARTE VALENCIA Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

⁶ «[...] PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen. [...]»

incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

ii) Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales (Extractado de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, del 9 de marzo de 2017 Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14)⁷)

1. Conforme el artículo 2º del Decreto 1794 de 2000, para los soldados profesionales del Ejército Nacional, la prima de antigüedad se reconocería y pagaría de la siguiente manera:

“(...) Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) (...)”

2. El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 indicó que la prima de antigüedad sería partida computable de la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, en los siguientes términos:

*“(...) Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, **adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad**. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”*(subraya y negrea el Juzgado)

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado indicó⁸:

*“(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “**adicionado**”.*

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico

⁷ Actor: LUIS ANÍBAL CLAVIJO VELÁSQUEZ Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. (...)

Con base en este referente jurisprudencial, la sentencia del 9 de marzo de 2017 que se extracta, indicó que acorde con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Disipando cualquier duda que pudiera persistir sobre la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y que en todo caso se debe señalar, por aplicación de principios constitucionales, siempre debe ser la que resulte más favorable a la parte débil de la relación laboral, el Consejo de Estado a través de la sentencia de Unificación del pasado 25 de abril de 2019 radicación **SUJ-015-CE-S2-2019**, fijó como regla de Unificación frente al tema de la prima de antigüedad como factor en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la siguiente:

“... ”

1. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro”. (Destaca el Juzgado)

iii) Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en desarrolló de la Ley 923 de 2004⁹, fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁹ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.”

La norma en mención, en cuanto a la asignación y partidas computables de los miembros de las Fuerzas Militares estableció en su artículo 13:

“13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”

Mediante el Decreto 1162 de 2004¹⁰, se estableció que a partir de julio de 2014, al personal de soldados profesionales que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, se les tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

A través de sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 radicación **SUJ-015-CE-S2-2019**, se fijó regla de Unificación frente al tema de las partidas que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados, señalándose que:

“...la autoridad administrativa deberá reconocer a los soldados profesionales su asignación de retiro con base en las siguientes reglas:

- 1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*

¹⁰ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”.

1.2. *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes”.*

iv) CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que en el presente asunto existen dos problemas jurídicos a resolver, es menester abordarlos de forma separada, así:

a) Reliquidación de la asignación de retiro en aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, frente a la prima de antigüedad.

HECHOS PROBADOS Y MEDIO PROBATORIO		
1	<p>Que mediante Resolución No. 3717 del 24 de mayo de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al actor a partir del 25 de julio de 2016, tomando como base el salario mensual señalado en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, 1 S.M.L.M.V. incrementado en un 70%.</p> <p>Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 20% del subsidio familiar.</p>	A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Fol. 19-21
2	<p>El 24 de octubre de 2016, el accionante solicitó a la demandada la reliquidación de la asignación de retiro, para que entre otras determinaciones, se hiciera la correcta liquidación de la prima de antigüedad en el porcentaje del 38.5%, en el entendido que el porcentaje del 70% se aplica solo a la asignación básica y no a la suma de las dos partidas, solicitud que fue atendida desfavorablemente a través del oficio 17 de noviembre de 2016 hoy demandado.</p> <p>Dicha solicitud fue reiterada a través de petición radicada el 14 de noviembre de 2018 y la respuesta inicialmente dada, reiterada por la entidad en oficio del 23 de noviembre de 2018.</p>	A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Fol.24 a 35

El señor José del Carmen Ávila Méndez solicita que, en la asignación de retiro que le fue reconocida, le sea reajustado el porcentaje de prima de antigüedad incluida como partida dentro de la base liquidatoria, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2.004 que a la letra dispone:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán

*derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, **adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Conforme al tenor literal del Decreto 4433 de 2004, a efectos de la liquidación de la asignación básica, resulta claro para el Despacho que dicha prestación económica equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. de la misma norma, **adicionado** con un 38.5% de la prima de antigüedad, que como bien lo explicó el Consejo de Estado en la sentencia del 9 de marzo de 2017 Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14) antes citada y lo ratifica en la sentencia de Unificación **SUJ-015-CE-S2-2019**, este último se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Ahora bien, la propia entidad indica al contestar la demanda, que la liquidación de la asignación mensual de retiro la viene aplicando así:

Salario Básico= SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) =140%
Prima de Antigüedad =38.5%

Asignación de retiro:

70%= (Sueldo Básico + 38.50% de prima de Antigüedad)

La situación antes descrita se corrobora con la certificación de partidas computables de la asignación de retiro expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al demandante Giovanni Lasso Santofimio y vista (A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL a folio 29), pues el 38.50% de la prima de antigüedad, es calculado sobre el 70% del sueldo básico.

Al comparar el Juzgado, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, aparece una clara trasgresión de la norma, toda vez que la entidad demandada calcula la prima de antigüedad sobre el 70% del salario básico (smlmv + 40% hoy 60%), lo que va en perjuicio de su derecho, pues no tiene en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual, por lo que se accederá a la pretensión encaminada a obtener la reliquidación de la asignación de retiro con la correcta adición del 38.5% de la prima de antigüedad.

b) Reliquidación de la asignación de retiro, con el cómputo de la duodécima parte de la prima de navidad.

HECHOS PROBADOS Y MEDIO PROBATORIO

1	<p>Que mediante Resolución No. 3717 del 24 de mayo de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al actor a partir del 25 de julio de 2016, tomando como base el salario mensual señalado en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, 1 S.M.L.M.V. incrementado en un 70%.</p> <p>Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 20% del subsidio familiar.</p>	<p>A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Fol. 19-21</p>
2	<p>El 24 de octubre de 2016, el accionante solicitó a la demandada la reliquidación de la asignación de retiro, para que entre otras determinaciones, se incluyera como partida computable, la 1/12 parte de la prima de navidad devengada en actividad, solicitud que fue atendida desfavorablemente a través del oficio 17 de noviembre de 2016 hoy demandado.</p> <p>Dicha solicitud fue reiterada a través de petición radicada el 14 de noviembre de 2018 y la respuesta inicialmente dada, reiterada por la entidad en oficio del 23 de noviembre de 2018.</p>	<p>A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Fol.24 a 35</p>

Lo pretendido por la parte actora es que se tenga en cuenta la partida de prima de navidad como computable en la liquidación de la asignación de retiro, ello alegando el derecho a la igualdad, considerando que el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, tiene en cuenta como partida computable dicho factor para el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles adscritos al Ministerio de Defensa, y no contempló dicho emolumento para los soldados profesionales, vulnerado así el derecho a la igualdad.

Aunque este Despacho venía acogiendo la tesis de la parte accionante, considerando que en verdad no había justificación de orden constitucional para que se hiciera esta discriminación respecto a la prima de navidad que devengaba el soldado profesional en actividad pero que luego no era tenida en cuenta como partida computable para la determinación de su asignación de retiro, cuando sí era factor de liquidación para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida, con lo que se concluía que había un trato diferencial discriminatorio con relación a este grupo de militares, la sentencia de unificación **SUJ-015-CE-S2-2019** advirtió con cita de la Corte Constitucional¹¹, “*que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales*”.

¹¹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

Bajo esta premisa, indicó la sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, que el trato desigual encuentra justificación cuando se basa en circunstancias objetivas y razonables, sin que sea suficiente un trato diferenciado para concluir que se vulnera el derecho a la igualdad y concretamente frente a las partidas computables en la asignación de retiro, advirtió que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, concluyendo que las partidas computables para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, son aquellas respecto de las cuales se hicieron los correspondientes aportes y lo mismo frente a los soldados profesionales.

Respecto de estos últimos, advirtió que a diferencia de los oficiales y suboficiales, los soldados profesionales no realizan cotización sobre la prima de navidad, ya que el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad que les son tenidas en cuenta como partidas computables en la asignación de retiro, viéndose obligado el Juzgado a recoger su tesis, para adoptar la fijada en la sentencia de unificación **SUJ-015-CE-S2-2019**, por lo que al no estar contemplada la prima de navidad de manera expresa como partida computable para la asignación de retiro del actor, no es posible acceder a su petición.

Síntesis de la decisión

Conforme lo analizado, habrá lugar a declarar la nulidad parcial del acto administrativo **0075646 del 17 de noviembre de 2016** proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto denegó el reajuste de la asignación de retiro del señor José del Carmen Ávila Méndez y solo frente al cálculo de la prima de antigüedad, toda vez que la entidad demandada la calculó sobre el 70% del salario básico (smlmv + 60%), cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 era sobre el 100% del salario básico (smlmv + 60%).

Debe mencionarse que si bien la parte demandante solicita la nulidad del oficio No. 0110784 del 23 de noviembre de 2018, se debe entender que dicha respuesta no resuelve ninguna solicitud de fondo, pues lo único que hizo fue remitir al accionante a la respuesta que ya le había dado a la petición de octubre de 2016, luego entonces, no se trata de un acto administrativo susceptible de control judicial, por lo que se inhibirá el Despacho de resolver acerca de la nulidad que se pide sea declarada frente a dicho oficio.

Frente a la inclusión de la prima de navidad, el Despacho denegará las pretensiones, teniendo en cuenta que dicho factor salarial, no se encuentra enlistado de manera expresa como partida computable para la asignación de retiro del actor.

v) *Prescripción*

El estudio de la prescripción como fenómeno extintivo del derecho frente a las mesadas pensionales causadas, se debe hacer con base en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por ser el vigente al momento del reconocimiento del derecho a la asignación de retiro del actor.

Tenemos entonces que al extremo accionante se le reconoció el derecho a la asignación de retiro a través de la Resolución 3717 del 24 de mayo de 2016 (A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Fól. 19-21), con efectos fiscales a partir del 25 de julio de 2016 y se presentó súplica administrativa a fin de obtener la reliquidación de su asignación de retiro el día 24 de octubre de 2016 (A1. 2019-00124 CUADERNO PRINCIPAL Fól. 24-28), interrumpiendo así el término de prescripción, además, la demanda fue presentada el 11 de marzo de 2019, por lo que no hay prescripción de ninguna de las mesadas, pues entre estos eventos no alcanzó a completarse el término de 3 años previsto en la norma.

vi) Indexación

La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada no prescrita, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A.

vii) CONDENA EN COSTAS

Respecto de la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que han prosperado, pero de forma parcial las pretensiones de la demanda, pues como se advirtió en precedencia, la decisión de la entidad demandada de no incluir la doceava parte de la prima de navidad como partida computable, tuvo apego a la normatividad aplicable al caso, de allí que el Juzgado considere que no hay lugar a imponer costas en su contra.

Lo anterior de conformidad con el artículo 365 numeral 5º del C.G.P., por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio **0075646 del 17 de noviembre de 2016** proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que reajuste y pague la asignación de retiro del señor José del Carmen Ávila Méndez, teniendo en cuenta la asignación salarial que le corresponde, junto con la respectiva adición de un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la **prima de antigüedad**, en el entendido que el porcentaje de dicho factor debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar al extremo demandante, el valor de las diferencias que resulten, conforme lo indicado en el numeral anterior, a partir del **25 de julio de 2016 y en adelante**.

CUARTO: ORDENAR a la entidad accionada que efectúe de manera indexada, los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar sobre las diferencias que deberá pagar al demandante.

QUINTO: La actualización de las sumas aquí reconocidas, se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: INHIBIRSE el Juzgado de resolver acerca de la nulidad promovida en contra del oficio No. 0110784 del 23 de noviembre de 2018, por las razones expresadas con antelación.

SÉPTIMO: DENEGAR la pretensión tendiente al reajuste de la asignación de retiro, computando además de las partidas ya incluidas, la duodécima parte de la **prima de navidad**.

OCTAVO: Sin costas

NOVENO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011

DÉCIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

UNDÉCIMO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

DUODÉCIMO: Reconocer personería al abogado Juan Manuel Correa Rosero, como apoderado judicial de la entidad demandada CREMIL.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b8aaa1a469bc573fce691a38ab44a884cb68b5765cdc023d07ae4670ad2ef908**

Documento generado en 30/09/2020 03:06:48 p.m.